
Datum: 26.06.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 29/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0626.30U29.02.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 4 O 181/01

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 15. November 2001 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert. Es wird festgestellt, daß dem Beklagten aus dem beendeten Mietverhältnis mit dem Kläger über Apothekenräume und eine Wohnung im Hause I-, I-Straße e, kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 07.02.2001 bis 31.03.2001 zusteht. Im übrigen bleibt die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 46 % und der Beklagte 54 %. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das Urteil beschwert keine der Parteien mit mehr als 20.000,00 EUR.

<u>Tatbestand:</u>	1
Die Parteien streitigen um Nutzungsentschädigungsansprüche nach verspäteter Rückgabe der Mietsache.	2
Mit schriftlichem Mietvertrag vom 31.10.1990 mietete der Kläger vom Beklagten im Objekt I-Straße e in I- eine Wohnung und zum Betrieb einer Apotheke Erdgeschoß- und Untergeschoßflächen an. Nach § 13 des Vertrages kann der Vermieter eine Bankbürgschaft in Höhe von 8.000,00 DM verlangen.	3
Eine solche Bankbürgschaft der Sparkasse I brachte der Kläger bei.	4
Das Mietverhältnis endete zum 31.01.2001.	5
	6

Am 27.01.2001 rief der Kläger im Büro des Sohnes des Beklagten, der die Hausverwaltung des Objektes ausschließlich innehatte, an. Da der Sohn des Beklagten urlaubsabwesend war, sprach der Kläger mit dessen Bürokraft, der Zeugin O. Der Inhalt des Gesprächs ist streitig.

Am 29.01.2001 fand im Objekt ein Termin statt, an dem der Kläger, seine Ehefrau, sein Prozeßbevollmächtigter, der vom Kläger zu Beweis Zwecken hinzugezogene Zeuge N und der Zeuge S vom Immobilienbüro Q2 teilnahmen. Das Immobilienbüro Q2 hatte der Beklagte damit beauftragt, einen Nachmieter für die Apotheke und die Wohnung zu suchen. Dem Kläger war dies bekannt, weil mehrfach Mietinteressenten vom Immobilienbüro Q2 bei ihm vorgesprochen hatten.

Der Zeuge S brachte zum Termin am 29.01.2001 vorbereitete "Abnahmeprotokolle" mit, die in der Folge aber von keinem der Anwesenden unterzeichnet wurden. Der Kläger übergab bei dem Termin dem Zeugen S sämtliche Schlüssel zum Objekt, was dieser in den "Abnahmeprotokollen" für die Apotheke und die Wohnung jeweils bemerkte.

Die so gefertigten "Abnahmeprotokolle" sandte das Immobilienbüro Q2 an den Sohn des Beklagten, der diese am 06.02.2001 erhielt. Die Schlüssel verblieben beim Immobilienbüro.

Mit Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 09.02.2001 an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers stellte der Beklagte unter Bezugnahme auf diese "Abnahmeprotokolle" klar, daß er diese "Abnahme" und diese "Übergabe" nicht gegen sich gelten lasse und wies darauf hin, daß er sich nach wie vor nicht im Besitz des Mietobjektes oder auch nur der Schlüssel befinde.

Mit Schreiben vom 12.02.2001 forderte der Kläger den Beklagten zur Rückgabe der Mietbürgschaft auf. Es folgte weiterer Schriftverkehr zwischen den Prozeßbevollmächtigten der Parteien, in dem der Beklagte Nutzungsentschädigung für die Monate Februar und März 2001 forderte, was der Kläger wiederum ablehnte. In Schreiben des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten vom 02.03.2001 und 09.03.2001 an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers forderte dieser den Kläger zur unverzüglichen Rückgabe des Mietobjektes auf. Mit Schreiben vom 21.03.2001 teilte der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers mit, daß das Objekt zum 01.04.2001 neu vermietet sei und der Beklagte deshalb die offensichtlich nach wie vor beim Maklerbüro Q2 befindlichen Schlüssel des Objekts nun abholen lasse und daß dies nur geschehe, um dem neuen Mieter die Räumlichkeiten fristgerecht übergeben zu können.

Mit Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 28.03.2001 forderte der Beklagte unter Berufung auf Nutzungsentschädigungsansprüche gegen den Kläger für Februar 2001 und März 2001 in Höhe von je 6.249,99 DM die Sparkasse I zur Zahlung der Bürgschaftssumme von 8.000,00 DM auf.

Der Kläger hat behauptet, bei dem Anruf im Büro des Sohnes des Beklagten habe die Bürokraft ihn wegen der Übergabe an das Immobilienbüro Q2 verwiesen. Dort habe man Bescheid gewußt und mit ihm den Übergabetermin 29.01.2001 vereinbart. Das Immobilienbüro Q2 habe ihm telefonisch erklärt, vom Sohn des Beklagten den Auftrag zur Durchführung der Übergabe und der Abnahme erhalten zu haben. Entsprechend habe der Mitarbeiter des Immobilienbüros Q2, der Zeuge S, auch bei der Übergabe erklärt, er führe diese auftragsgemäß durch.

7

8

9

10

11

12

13

14

Der Kläger hat mit der vorliegenden Klage ursprünglich neben der Feststellung, daß dem Beklagten für Februar und März 2001 eine Nutzungsentschädigung zustehe, die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde über die Mietkaution verlangt. Nach einer - unstreitigen - Zahlung von 8.000,00 DM durch die Sparkasse I an den Beklagten, die nach Zustellung der Klage erfolgte, hat der Kläger beantragt,

1.

15
16

festzustellen, daß dem Beklagten aus dem beendeten Mietverhältnis mit dem Kläger über Apothekenräume und eine Wohnung im Hause I-, I-Straße e, kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Monate Februar und März 2001 zusteht;

17

2.

18

den Beklagten zu verurteilen, 8.000,00 DM nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz ab dem 12.10.2001 zu zahlen.

19

Der Beklagte hat beantragt,

20

die Klage abzuweisen.

21

Der Beklagte hat behauptet, die Zeugin O habe den Kläger bei seinem Anruf im Büro des Sohnes der Beklagten auf den Beklagten selbst verwiesen, der erreichbar gewesen sei. Der Kläger habe sich aber an das Maklerbüro Q2 gewandt und gebeten, daß jemand zum Mietobjekt rauskomme. Dieser Bitte sei das Immobilienbüro nachgekommen, weil man dort davon ausging, daß der Beklagte am Objekt anwesend sein werde. Einen Auftrag, die Übergabe durchzuführen, hätten weder der Beklagte selbst noch sein Sohn dem Immobilienbüro Q2 erteilt. Der Kläger habe die Übergabe nicht mit dem Beklagten oder dessen Sohn durchführen wollen, weil er Schwierigkeiten im Hinblick auf den Zustand des Mietobjekts erwartet habe. So seien die Bodenbeläge und Fußleisten nicht vollständig gewesen, die Wände seien mit Bohrlöchern versehen gewesen, die Schönheitsreparaturen seien nicht durchgeführt worden und aus einigen Stellen hätten stromführende Kabel ohne Isolierung aus der Wand herausgeragt.

22

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, er habe die tatsächliche Gewalt an den Räumen erst mit dem Rückgehalt der vom Kläger an das Immobilienbüro weitergegebenen Schlüssel erlangt.

23

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen Q2, O, Dr. N, S und Q jun. die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

24

Der Feststellungsantrag sei nicht begründet, weil dem Beklagten ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung gemäß § 557 BGB zustehe. Der Kläger habe die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zum 31.01.2001 nicht rechtzeitig zurückgegeben. Eine Schlüsselübergabe und damit eine Einräumung des unmittelbaren Besitzes an den Beklagten oder eine von ihm beauftragte Person sei nicht erfolgt. Eine dahingehende Beauftragung des Immobilienbüros Q2 durch den Beklagten habe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht stattgefunden. Vielmehr habe sich ergeben, daß der Kläger mit dem Immobilienbüro Kontakt aufgenommen und um eine Abnahme gebeten habe. Eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht käme damit nicht in Betracht, weil der Kläger dadurch die Handlung des "Vertreters" selbst provoziert habe und damit nicht gutgläubig gewesen sei. Eine ausdrückliche oder konkludente Genehmigung des vollmachtlosen Handelns des

25

Immobilienbüros komme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Beklagte unmittelbar nach Erhalt des Abnahmeprotokolls vom 06.10.2001 mit Schreiben vom 09.02.2001 mitgeteilt habe, daß das Immobilienbüro Q2 nicht seitens des Beklagten mit der Abnahme betraut gewesen sei.	
Der letztlich gestellte Zahlungsantrag zu 2) sei ebenfalls nicht begründet. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB bestehe nicht, weil der Bürgschaftsbetrag nicht ohne Rechtsgrund an den Beklagten gezahlt worden sei.	26
Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt.	27
Der Kläger greift die einzelnen tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts nicht an. Er ist aber der Auffassung, daß das Immobilienbüro Q2 aufgrund des Vermittlungsauftrages Besitzdiener des Beklagten gewesen sei und dieser daher mit Rückgabe der Schlüssel an den Zeugen S am 29.01.2001 unmittelbaren Besitz an den Mieträumen erlangt habe. Der Kläger ist ferner der Ansicht, daß es gegen Treu und Glauben verstoße, vom Kläger zu verlangen, die Schlüssel vom Immobilienbüro abzuholen, um sie dem Beklagten persönlich auszuhändigen, weil diese Schlüssel letztlich ohnehin wieder zum Maklerbüro gelangt wären.	28
Der Kläger beantragt abändernd,	29
1.	30
festzustellen, daß dem Beklagten aus dem beendeten Mietverhältnis mit dem Kläger über Apothekenräume und eine Wohnung im Hause I-, I-Straße e, kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Monate Februar und März 2001 zusteht,	31
2.	32
den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 8.000,00 DM nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 10.12.2001 zu zahlen.	33
Der Beklagte beantragt,	34
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	35
Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Er ist der Auffassung, daß eine Besitzdienerschaft nicht in Betracht käme, weil es an einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Immobilienbüro Q2 und dem Beklagten fehle.	36
Der Kläger habe die Räume auch nicht vollständig geräumt, weil er eine Telefonanlage zurückgelassen habe oder auch diverse Arbeiten (Entfernung Oberboden, Bohrlöcher, nicht isolierte Kabelenden, Schlieren an der Außenfassade) noch durchzuführen gehabt hätte.	37
Entscheidungsgründe:	38
Die Berufung ist teilweise begründet.	39
I.	40
1.	41
	42

Der Feststellungsantrag zu 1) ist zulässig. Ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO ist gegeben, weil der Beklagte sich eines Nutzungsentschädigungsanspruchs für die Zeit 01.02. bis 31.03.2001 gegen den Kläger berührt und diesen durch die Inanspruchnahme der Bürgschaft auch schon teilweise aktiv geltend gemacht hat. Es ist daher naheliegend, daß er in Zukunft auch den Restbetrag beim Kläger einfordern wird.	
2.	43
Der negative Feststellungsantrag ist im Hinblick auf eine Nutzungsentschädigung für den Zeitraum 07.02.2001 bis 31.03.2001 begründet und nur in Bezug auf die Zeit 01.02.2001 bis 06.02.2001 nicht begründet.	44
Dem Beklagten steht im Ergebnis lediglich für die Zeit 01.02. bis 06.02.2001 ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung gemäß § 557 BGB a.F. zu.	45
a)	46
Der Kläger hat dem Beklagten die Mietsache vorenthalten.	47
aa)	48
Die Mietsache wird vorenthalten, wenn der Mieter dem Vermieter gegen dessen Willen die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht einräumt, d.h. den Rückgabeanspruch nach § 556 BGB a.F. nicht erfüllt (Emmerich/Sonnenschein, Miete, 7. Aufl., § 557 Rn. 6; Schmidt-Futterer/Gather, Mietrecht, 7. Aufl., § 557 Rn. 15). Die Rückgabepflicht umfaßt die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an der geräumten Mietsache (Schmidt-Futterer/Gather a.a.O., § 556 Rn. 22). Dazu gehört die Rückgabe sämtlicher Schlüssel (BGHZ 86, 205; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 209). Da der Vermieter bei der Besitzübertragung mitwirken muß, genügt die bloße Besitzaufgabe durch den Mieter in der Regel nicht, und zwar auch dann nicht, wenn der Vermieter sich den Besitz an den Räumen ohne weiteres verschaffen kann (Schmidt-Futterer/Gather a.a.O.). Ein Vorenthalten scheidet aber aus, wenn der Mieter die Mietsache nicht an den Vermieter, sondern an eine abredegemäß zum Empfang berechnigte dritte Person, etwa einen Nachmieter weitergibt (Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., § 557 Rn. 6). Einer Räumung der Mietsache steht es nicht entgegen, daß sie verschlechtert oder beschädigt ist und einzelne Gegenstände nicht entfernt worden sind (Palandt/Weidenkaff, BGB, 61. Aufl., § 546 Rn. 5).	49
bb)	50
Der Kläger hat zum Ende der Mietzeit (31.01.2001) die Räume verlassen, aber nicht zurückgegeben. Die Behauptung des Beklagten, es sei eine Telefonanlage zurückgeblieben und der Zustand des Mietobjektes sei nicht ordnungsgemäß gewesen, hindert die Rückgabe zwar nicht. Der Kläger hat dem Beklagten aber zum Ende der Mietzeit keinen unmittelbaren Besitz an der Mietsache verschafft, weil eine direkte Übergabe an den Beklagten nicht erfolgt ist.	51
Der Kläger hat durch die Hingabe der Schlüssel an den Zeugen S von der Firma Q2 dem Beklagten auch nicht im Wege einer Besitzdienerschaft gemäß § 855 BGB unmittelbaren Besitz verschafft. Die Annahme einer Besitzdienerschaft im Sinne von § 855 BGB setzt neben der Weisungsgebundenheit ein nach außen erkennbares soziales, nicht nur wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis voraus, kraft dessen der Besitzer die tatsächliche Gewalt durch einen anderen als Werkzeug ausübt (Palandt/Bassenge, a.a.O., § 885 Rn. 1;	52

Erman/Werner, BGB, 10. Aufl., § 855 Rn. 2). Auch wenn die Firma Q2 im Hinblick auf den Maklervertrag mit dem Beklagten gewissen Weisungen unterlag, fehlt es mit Blick auf die selbständige Tätigkeit eines Maklers zweifellos an einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis.

Die Räume sind auch nicht in einer das Vorenthalten ausschließenden Weise an einen Dritten zurückgegeben worden. Der Kläger hat seine erstinstanzliche Behauptung, er sei an die Firma Q2 verwiesen worden, und diese sei von Seiten des Beklagten mit der Durchführung der Übergabe betraut gewesen, nicht nachweisen können. Er hat auch die vom Landgericht nach der Beweisaufnahme getroffene Feststellung, daß der Auftrag des Beklagten an die Firma Q2 sich nur auf die Suche nach einem neuen Mieter bezog, mit der Berufung nicht angegriffen. 53

Die Übergabe der Schlüssel an den Zeugen S von der Firma Q2 hat zu keiner wirksamen Rückgabe der Mietsache geführt. Dabei kommt es - abweichend von den Ausführungen des Landgerichts - nicht auf Rechtsscheingesichtspunkte an, weil es sich bei der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes um einen tatsächlichen Vorgang handelt, der den Regelungen über die Stellvertretung nicht zugänglich ist (Erman/Werner, a.a.O., § 854 Rn. 18 m.w.N.). 54

b) 55

Die Vorenthaltung der Mietsache kann von dem Beklagten aber nur für die Zeit vom 01.02. bis 06.02.2001 in Bezug auf einen Nutzungsentschädigungsanspruch geltend gemacht werden. Für die Zeit ab dem 07.02.2001 ist es dem Beklagten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf eine Vorenthaltung durch Nichtrückgabe der Schlüssel zu berufen, weil er - zurechenbar über seinen Sohn - seit dem 06.02.2001 Kenntnis vom Verbleib der Schlüssel hatte und gleichwohl untätig geblieben ist. 56

Zwar dürfte für den Vermieter keine generelle Pflicht bestehen, selbst Maßnahmen zu ergreifen, um den Zeitraum, für den der Mieter nach § 557 BGB a.F. einzustehen hat, so klein wie möglich zu halten (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 209). Der vorliegende Fall ist aber besonders gelagert, weil die Schlüssel sich beim vom Beklagten beauftragten Makler befanden. Diese Konstellation war für den Beklagten potentiell vorteilhaft, weil der von ihm mit der Nachvermietung beauftragte Makler dadurch die Möglichkeit besaß, Interessenten die Räumlichkeiten auch von innen zu zeigen. Genau aus diesem Grund hat das Maklerbüro die Schlüssel auch nicht an den Beklagten weitergegeben, sondern festgehalten. Demgemäß war mit der Inhaberschaft der Schlüssel durch das Maklerbüro eine Situation eingetreten, die bei normalem Gang der Dinge wohl auch nach einer Rückgabe der Schlüssel an den Beklagten selbst hätte eintreten können. 57

Im Hinblick auf diese offensichtlichen und naheliegenden Zusammenhänge konnte vom Beklagten hier ausnahmsweise ein Tätigwerden gegenüber dem von ihm beauftragten Maklerbüro verlangt werden, wenn er mit dem dortigen Verbleib der Schlüssel wider Erwarten nicht einverstanden war. Eine kurze Mitteilung an das Maklerbüro, ein Anruf oder selbst die Übermittlung einer Durchschrift des Schreibens vom 09.02.2001 hätten genügt, die Firma Q2 zur Rückgabe der Schlüssel an den Beklagten zu veranlassen, wenn dies ernsthaft vom Beklagten gewollt worden wäre. Der Umstand, daß diese ohne weiteres zumutbare und naheliegende Mitteilung an das Maklerbüro nicht erfolgte, obwohl gleichzeitig mit Vehemenz und unter Einschaltung anwaltlicher Hilfe die formale Übergabe der Schlüssel beansprucht wurde, zeigt nach Überzeugung des Senats deutlich auf, daß der Beklagte gegenüber dem Kläger eine von diesem - ohne Berechtigung - herbeigeführte Situation monierte, die ihm objektiv günstig war und die er aller Voraussicht nach auch selbst so herbeigeführt hätte. 58

Der Einwand des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, eine Übergabe der Schlüssel an die Firma Q2 habe nicht im Interesse der Beklagten gelegen, weil zu diesem Zeitpunkt bereits von einem anderen Makler ein Mieter gefunden worden sei, hält der Senat für nicht schlüssig. Denn insoweit muß der Beklagte sich vorhalten lassen, daß er der Firma Q2 diesen Umstand nicht mitgeteilt und damit weitere, sinnlose Bemühungen um einen Nachmieter unterbunden hat. Auch eine solche Mitteilung hätte im übrigen dazu geführt, daß die Firma Q2 die Schlüssel unmittelbar zurückgereicht hätte.	60
c)	60
Der Beklagte kann sich demgemäß für die Zeit ab Kenntnis vom Verbleib der Schlüssel, d. h. ab dem 07.02.2001 nach Treu und Glauben nicht auf eine unterlassene Rückgabe berufen. Ansprüche auf Nutzungsentschädigung gemäß § 557 BGB a.F. stehen ihm insoweit nicht zu.	61
II.	62
Der Zahlungsantrag zu 2) ist unbegründet.	63
1.	64
Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Variante BGB auf Zahlung von 8.000,00 DM gegen den Beklagten besteht nicht.	65
Eine Leistung, d. h. eine bewußte, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens durch den Kläger ist im Hinblick auf die von der Sparkasse I an den Beklagten gezahlten 8.000,00 DM nicht gegeben. Zwar ist bei bereicherungsrechtlichen Drei-Personen-Verhältnissen - gerade auch bei der Beteiligung von Banken - die Person, die im Zuwendungsverhältnis die Zahlung tatsächlich bewirkt, üblicherweise nicht der Bereicherungsgläubiger. Diese Fälle sind aber dadurch gekennzeichnet, daß zwischen der bewirkenden und der begünstigten Person keine Rechtsbeziehungen bestehen. Die vorliegende Konstellation weicht davon ab, weil zwischen der Sparkasse I und dem Beklagten ein Bürgschaftsvertrag bestand. Die Zahlung der 8.000,00 DM durch die Sparkasse I erfolgte, um diesem Bürgschaftsvertrag nachzukommen.	66
Besteht für den Bürgen aber keine Verpflichtung, weil die Hauptschuld nicht besteht, erwirkt er mit seiner Zahlung, für die es keinen Rechtsgrund gibt, einen Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger, weil er seine eigene, tatsächlich nicht bestehende Verpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrag erfüllen wollte (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 774 Rn. 6; Erman/Westermann, a.a.O., § 812 Rn. 29 a).	67
2.	68
Originäre Ansprüche des Hauptschuldners kommen bei dieser Sachlage nicht in Betracht. Insbesondere ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Variante BGB (Eingriffskondiktion) scheidet wegen des Vorrangs der Leistungsbeziehung aus (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 812 rn. 43). Ansprüche des Hauptschuldners kommen nur nach Abtretung durch den Bürgen in Betracht, wofür vorliegend aber nichts vorgetragen ist.	69
III.	70
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO.	71

